

MATRIMONIO PUTATIVO Y CONVALIDACIÓN AUTOMÁTICA DEL MATRIMONIO NULO *

JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR

SUMARIO

I • MATRIMONIO NULO, MATRIMONIO VÁLIDO. **II •** EFICACIA SIN REVALIDACIÓN. EL MATRIMONIO PUTATIVO. **III •** CONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO. **IV •** CONVALIDACIÓN OB RENOVATIONEM CONSENSUS REMOTO IMPEDIMENTO. **V •** NULIDAD POR DEFECTO DEL CONSENTIMIENTO. **VI •** CONVALIDACIÓN OB PRAESTATIONEM CONSENSUS QUOD DEFUERAT. **VII •** SANATIO IN RADICE. **VIII •** NULIDADES POR DEFECTO DE FORMA. **IX •** CONCLUSIONES.

El tema que se me ha encargado desarrollar, en el marco de este Curso de Actualización, es el del valor jurídico del matrimonio putativo con una particular perspectiva: la de estudiar en qué casos la existencia de una verdadera voluntad matrimonial manifestada en una vida conyugal normal y prolongada, podría ser suficiente al menos de *iure condendo* para sanar el matrimonio contraído inválidamente. Mis reflexiones no tienen otra pretensión que la de abrir un diálogo sobre el tema.

La cuestión es ardua y no nueva. Ya las viejas disputas entre París y Bolonia muestran la importancia que tiene para el derecho de la Iglesia determinar cómo puede reconocerse una voluntad matrimonial. La progresiva formalización de tal reconocimiento, junto a grandes ventajas, ha podido oscurecer la diferencia entre el elemento causal del matrimonio (el consentimiento) y las condiciones o requisitos legales necesarios para su reconocimiento por parte de la autoridad.

Un planteamiento inicial podría ser preguntarse si puede existir la alianza matrimonial, tal como es descrita en el § 1 del c. 1055, sin que se haya dado lo que exige el c. 1057. Puesta en estos términos la cuestión,

* Ponencia leída en el XXII Curso de Actualización en Derecho Canónico, «Moral y Derecho ante la conflictividad matrimonial», Pamplona 18-20. IX. 2000.

me parece que la respuesta sólo puede ser negativa: sin pacto matrimonial no hay matrimonio.

Pero cabría plantearla de otro modo: si allí donde varón y mujer se han entregado y aceptado mutuamente en alianza matrimonial irrevocable (c. 1057 § 2), constituyendo entre sí el *consortium totius vitae* del c. 1055 § 1, puede decirse que ha habido pacto matrimonial, susceptible de ser reconocido por el ordenamiento cuando no medien obstáculos insuperables para ello.

Me parece de interés a este propósito la definición de familia del n. 2202 del Catecismo de la Iglesia Católica: «Un hombre y una mujer unidos en matrimonio forman con sus hijos una familia. Esta disposición es anterior a todo reconocimiento por la autoridad pública; se impone a ella»¹. Se recoge la distinción entre el pacto conyugal (fruto de la voluntad de las partes) y su reconocimiento, que, como dice Lombardía «no consiste en otra cosa que en el encuadramiento del matrimonio en el conjunto de la estructura jurídica de la Iglesia»². Podría decirse que cualquier realidad familiar basada en el compromiso sponsal de las partes está llamada a ser reconocida por la autoridad. El ordenamiento debe poner los medios a su alcance para hacerlo posible en el mayor número de casos.

La vía ordinaria para ese reconocimiento es la celebración del pacto matrimonial «con todas las de la ley», es decir, aquel acto en el que se dan simultáneamente: la capacidad y habilidad legal de las partes, el intercambio de un verdadero consentimiento matrimonial y los requisitos de forma requeridos por la ley (c. 1057 § 1). Si falta o está viciado alguno de estos elementos, el pacto resulta nulo en principio de manera definitiva.

1. A propósito de este pasaje Joan Carreras comenta que en él «se recogen dos elementos necesarios para que puedan admitirse excepciones al principio según el cual *sin boda no hay familia*: 1º) la *res matrimonialis* —un hombre y una mujer capaces y no impedidos por el Derecho— y 2º) el reconocimiento social por parte de las autoridades competentes. Ambos requisitos deben darse conjuntamente... Ahora bien, la boda no agota todas las posibilidades de que dispone la autoridad para «reconocer» como familiar una realidad de hecho (susceptible de ser tenida por familiar)... La autoridad puede (y en ocasiones debe) declarar familiar una situación no por constituir un hecho consumado, sino porque «reconoce» que allí se ha dado el consentimiento naturalmente suficiente para constituir la familia» (*Las bodas: sexo, fiesta y derecho*, 2ª ed. Madrid 1998, p. 210-211).

2. P. LOMBARDÍA, *Supuestos especiales de relación entre consentimiento y forma*: AA. VV., «Derecho canónico», vol. II, Pamplona 1974, p. 133.

Como es sabido, de estos factores jurídicos, el consentimiento naturalmente suficiente de los cónyuges tiene razón de *causa* eficiente insustituible; mientras que los demás requisitos de habilidad o de forma son *condiciones* establecidas por la autoridad para el reconocimiento y eficacia de ese consentimiento. No son requisitos arbitrarios: están ordenados a proteger y garantizar el libre y recto ejercicio del *ius connubii*, a reconocer su eficacia, integrándolo en el marco de las exigencias personales y sociales que el matrimonio comporta. Es importante tener en cuenta la razón de ser de cada uno de ellos, su función, para determinar si el hecho de que ésta haya resultado frustrada, requiera necesariamente la nulidad con que se sanciona, y si ésta deba ser definitiva.

Por otra parte, el ordenamiento reconoce en ciertos casos una eficacia limitada a situaciones conyugales aparentes, en razón de los elementos que estuvieron presentes en su instauración, mientras persistan. Eficacia en dos sentidos: la actual producción de ciertos efectos y la potencial en orden a la sucesiva constitución del vínculo cuando desaparezcan los obstáculos que inicialmente lo impidieron.

No es el objeto directo de esta ponencia hacer un estudio sistemático de estos mecanismos. Nos ocupamos de ellos más bien en orden a intuir su actual y potencial eficacia en la perspectiva que nos interesa.

I. MATRIMONIO NULO, MATRIMONIO VÁLIDO

No me parece fácil definir qué se deba entender por matrimonio nulo o inválido. Ciertamente puede decirse que es aquél en el que no hay vínculo matrimonial. El problema es entonces definir el *aquél* de la anterior definición, o sea: definir el matrimonio sin vínculo.

Aquí entran en juego las relaciones entre el *in fieri* y el *in facto esse* y las definiciones de matrimonio (c. 1055 § 1) y de pacto matrimonial (c. 1057 § 1). Nótese que lo que se califica de matrimonio nulo es casi siempre una situación o relación conyugal actual, iniciada como consecuencia de un pacto nulo. El término «matrimonio» recibe un uso significativo pero impropio: se refiere a una apariencia.

Desde luego no me parece que pueda entenderse sin más cualquier tipo de unión o convivencia *more uxorio* entre varón y mujer

(doy por supuesta la heterosexualidad), aunque las leyes civiles tienden hoy a confundir y nivelar la relación conyugal y la concubinaria. En el ámbito canónico y como una deducción de lo que después veremos, me inclino a considerar matrimonio inválido a la relación conyugal surgida de un pacto matrimonial nulo, o también: una relación conyugal formalmente constituida como matrimonial en la que no existe el vínculo.

Esto en el plano de los principios, porque en el técnico habría que distinguir entre la nulidad *simpliciter* y la nulidad jurídicamente eficaz que es sólo aquella que ha sido declarada en decisión judicial ejecutiva. Lo cual a su vez abre ante nosotros el espinoso y asendereado campo de las nulidades morales, indemostrables u ocultas, en el que no vamos a adentrarnos. Pero no puedo menos de constatar la aparente paradoja de que, al ocuparnos aquí del matrimonio nulo, nos referiremos —como la ley— sobre todo a aquél cuya nulidad no ha sido aún judicialmente declarada, pero se supone con cierto fundamento, con expresa mención de supuestos en que no puede probarse.

Y lo que es aún más inquietante, el matrimonio válido es aquél que la ley presume tal, con base en hechos normalmente de orden formal. Son los límites del derecho para captar lo consensual: en este terreno sólo puede moverse por conjeturas razonables.

II. EFICACIA SIN REVALIDACIÓN. EL MATRIMONIO PUTATIVO

En cambio, el matrimonio *putativo* es una especie concreta de matrimonio inválido; y precisamente aquél cuya nulidad ha sido después constatada, al que la ley, no obstante, otorga cierta *eficacia* en razón de la buena fe con que fue celebrado —por uno al menos de los contrayentes— y mientras ésta hubiese durado (c. 1061 § 3).

Celebración y buena fe (de una parte o de ambas) son los dos pilares sobre los que apoya la calificación de *putativo* de un matrimonio inválido. La doctrina ha discutido diversas cuestiones acerca de esta figura: p. ej., si puede darse cuando la nulidad ha sido causada por un defecto de forma que no era manifiesto al menos a una parte; qué grado de certeza sobre la nulidad destruye la buena fe; etc.

La eficacia que se reconoce expresamente a este matrimonio se limita a la legitimidad o subsiguiente legitimación de la prole (cc. 1137 y 1139), sin que ello quiera decir que sean éstos los únicos efectos jurídicos que produce.

Se dirá que se trata de una eficacia bien limitada y en beneficio de terceros (los hijos), pero cabe preguntarse si tendría sentido afirmar otros efectos, pues si vamos a mirar en el Capítulo *De los efectos del matrimonio*, veremos que, salvo el vínculo —sacramental o no— que obviamente no se produce, los demás efectos enunciados en los cánones se producen lo mismo en el matrimonio putativo que en el válido: igualdad entre los cónyuges, derecho deber de educar la prole, presunción de paternidad y de legitimidad. Parece pues que los efectos atribuidos por los cánones al matrimonio putativo son los que podrían ser discutidos tras la constatación de su nulidad: se está mirando al después, no al mientras.

Y se está teniendo en cuenta el derecho canónico, cuya competencia sobre los efectos —por así decir— económicos del matrimonio se ha reducido bastante en favor del derecho estatal. De ahí que, como dice López Alarcón, sea una institución que debería ser estudiada en el derecho civil, donde los cambios sociales exigen una modernización de la figura, al fin de evitar consecuencias injustas derivadas de una declaración de nulidad³.

De todas formas, pienso que la buena fe, la ignorancia o el error inculpables de las partes podrían ser tenidos mayormente en cuenta en ciertos casos de invalidez, no ya en el terreno de los *efectos* sino en el de la *eficiencia* de la voluntad matrimonial. Hay nulidades que pueden calificarse de «meramente técnicas» (ignorancia del impedimento, vicio oculto de forma, p. e.) que deberían ceder ante la buena fe de las partes. El c. 15 § 1, al establecer que «la ignorancia o el error acerca de las leyes invalidantes o inhabilitantes no impiden su eficacia, *mientras no se establezca expresamente otra cosa*», permite discernir, en sede legal, los supuestos concretos en que sería posible evitar ese tipo de nulidades.

3. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Algunas consideraciones sobre el matrimonio putativo*: AA. VV., «Escritos en honor de Javier Hervada», Pamplona 1999, p. 907-918.

III. CONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO

Pero si en el matrimonio putativo se reconoce cierta eficacia al hecho de la celebración *bona fide*, la convalidación supone el mecanismo de conversión de un matrimonio nulo (putativo o no) en matrimonio válido.

La concurrencia en el pacto matrimonial de todos los elementos requeridos para su validez es una exigencia de derecho humano que no es absolutamente necesaria, en el sentido de que pueden concurrir más tarde en el tiempo, o ser dispensados (algunos de ellos) incluso *a posteriori*; de modo que lo que empezó siendo un matrimonio nulo puede llegar a convertirse en matrimonio válido. El ordenamiento canónico prevé unos medios de convalidación que permiten subsanar en ciertos casos la nulidad inicial del matrimonio, pero siempre mediante un acto de las partes, de la autoridad o de ambos. No existen actualmente supuestos en los que la nulidad inicial quede subsanada automáticamente en determinadas circunstancias, que es precisamente el objeto de nuestro interés⁴.

La convalidación simple, como es sabido, se refiere al matrimonio *celebrado en forma canónica* que resulta inválido por defecto oculto de consentimiento o por un impedimento oculto. Sobre el presupuesto de la celebración, el ordenamiento otorga relevancia a la apariencia de matrimonio generada por ella, y establece que la revalidación ocurra por la remoción del obstáculo y la renovación o emisión privada y secreta del consentimiento por una o por ambas partes, según los casos⁵. Como veremos, también es necesario para la convalidación que al menos una de las partes sepa (o sospeche) que el matrimonio resultó nulo.

Los dos casos, impedimento oculto y defecto oculto de consentimiento, presentan semejanzas —tanto que son tratados conjuntamente— pero también corren diferencias importantes entre ellos. De hecho no se encuentra en el Artículo codicial sobre *la convalidación simple*, una norma que expresamente se refiera a la convalidación en general.

4. La historia de estos medios de revalidación ha sido resumida por M. C. CAMARERO, *La convalidación del matrimonio civil*, Madrid 1984, p. 46-58.

5. Nos referimos a la convalidación propiamente dicha, no a los casos de nueva celebración del matrimonio en forma canónica.

IV. CONVALIDACIÓN OB RENOVATIONEM CONSENSUS REMOTO IMPEDIMENTO

Es de notar que en caso de nulidad por impedimento, existe ya un consentimiento suficiente, legítimamente manifestado, que se presume persevera (c. 1107). En estas condiciones se podría haber establecido que la convalidación acaeciera automáticamente por la cesación o dispensa del impedimento⁶.

El derecho positivo, sin embargo, parece alejarse de esta posibilidad, convirtiendo un problema de impedimento en un problema de consentimiento, por añadidura con tales requisitos que no sólo se cierra el paso a la convalidación automática, sino prácticamente a cualquier convalidación propiamente dicha, o sea, con eficacia jurídica. Veamos.

En efecto, para la convalidación se requiere *ad validitatem*, por derecho eclesiástico, la *renovación* del consentimiento, aunque desde el comienzo exista por ambas partes y persevere (c. 1156): cualquiera de ellas que haya sabido o sospeche que el matrimonio fue nulo, debe renovarlo.

Lo que a su vez plantea qué sea renovar el consentimiento. A lo que el c. 1157 responde que debe consistir en un *nuevo acto de voluntad* sobre el matrimonio, por lo que no bastaría la voluntad matrimonial actual, ni la ratificación en la vida conyugal manifestada *per facta concludentia*, ni la simple aceptación de la convalidación: se necesita —deduce la doctrina— un acto positivo de donación aceptación conyugal. En realidad, la llamada renovación es un verdadero acto de otorgamiento del consentimiento, por lo que —como observa Bernárdez⁷— nada importaría (a estos efectos) que el consentimiento inicial fuese nulo o que hubiera sido revocado, pues la renovación que exige la ley es un acto de consentir constitutivo.

La ley entiende, además, que este nuevo acto de consentir presupone la certeza, o al menos la opinión, de que el matrimonio fue nulo

6. Es lo que pasa en caso de matrimonio no sujeto a las leyes meramente eclesiásticas (cc. 11 y 1059), o sea, entre partes no católicas. Estos matrimonios quedarían convalidados al desaparecer el impedimento, sin más requisito que la perseverancia de las partes en el consentimiento prestado; como apunta la doctrina, removido el obstáculo, el consentimiento legítimamente manifestado pasa a desplegar su natural eficacia. Es la llamada por algunos convalidación natural.

7. Comentario al c. 1156: AA. VV., «Comentario exegético al Código de Derecho Canónico», vol. III, Pamplona 1996.

desde el comienzo (c. 1157)⁸. Lo cual parece responder a la idea de que sólo si existe al menos una cierta duda sobre la validez del pacto, se está en condiciones de elicitar aquel nuevo acto de voluntad que la ley exige⁹. Según las actas de la codificación, el conocimiento de la nulidad se exige para que el sujeto sea consciente de su libertad de convalidar o no¹⁰, algo así como si para conceder la *sanatio in radice* hubiera que preguntar a las partes si desean perseverar en su consentimiento o revocarlo.

Aparece entonces el problema de la prueba. Puesto que basta la renovación privada y secreta del consentimiento, la ley limita su alcance a los casos en que el impedimento *no puede probarse*, lo cual no es fácil que se dé o que pueda saberse *a priori*, dadas las amplias posibilidades de prueba existentes (incluida la declaración de las partes). Por tanto, si a pesar de que se hubiera renovado el consentimiento en las condiciones establecidas (incluso con testigos), se llegara luego a demostrar el impedimento, habría que concluir que la convalidación fue nula: se tendría que haber celebrado de nuevo en forma canónica (c. 1158).

Todo lo cual, observa la doctrina (González del Valle¹¹, Camarero¹² Mantuano¹³), termina por relegar la convalidación propiamente dicha al más estricto fuero interno (para tranquilizar la conciencia). Una revalidación privada que, precisamente por requerir un buen conocimiento de la ley, difícilmente tranquilizará la conciencia de nadie, pues es casi impo-

8. Lo que excluiría que pueda tener eficacia revalidante, p. ej., la superación de una crisis, o la renovación de los compromisos matrimoniales en la celebración de las bodas de plata, si las partes ignoran que entre ellas existió un impedimento, aunque ya hubiera cesado.

9. Así lo entienden la doctrina y la jurisprudencia: vid. L. A. BOGDAN, *Simple convalidation of marriage in the 1983 Code of Canon Law*: «The Jurist» (1986) 511-531, que cita a Regatillo, Cappello, Gasparri, entre otros; C. J. HETTINGER, *The Law of invalid convalidation in U. S. Tribunals*: «Monitor Ecclesiasticus» (1999) p. 554-568, versión italiana *ibid.*, p. 569-583. Simétricamente, esta rígida consideración de la psicología del consentimiento se ha querido aplicar a la revocación del mismo, exigiendo un nuevo acto positivo de voluntad y una cierta conciencia de la nulidad del matrimonio celebrado, sólo que en este caso las consecuencias prácticas de tal rigidez son tan evidentes, que los autores acaban por admitir que la revocación puede presumirse, con base en comportamientos del sujeto que indiquen claramente su no perseverancia en el consentimiento dado; vid. R. QUEZADA, *La perseverancia del consentimiento en la «sanatio in radice»*, Roma 1962, p. 87-90.

10. *Communicationes* (1973), p. 89.

11. *Derecho canónico matrimonial*, 3ª ed. Pamplona 1985, p. 128.

12. *La convalidación del...*, cit., p. 52.

13. Il c. d. *recupero del negozio matrimoniale invalido*, Ancona 1992, p. 76; ID., *Convalida «ipso iure» del matrimonio e «renovatio consensus»*: AA. VV. «Scritti in memoria di Pietro Gismondi», vol. 2, tomo I, Milano 1991, p. 557.

sible estar seguro de que el impedimento no podrá probarse. Desde luego el recurso a la convalidación simple no sería aconsejable desde el punto de vista pastoral: puesto que no asegura la existencia jurídica (externa) del vínculo, no parece que asegure la licitud de la convivencia conyugal. Es mejor recurrir a la nueva celebración (secreta, si es preciso) o a la sanación en la raíz¹⁴.

En fin, no se entiende bien para qué sirve que el derecho se ocupe en determinar con tanto detalle una revalidación que empieza y termina en el fuero interno, ya que, en el externo, la presunción de validez del matrimonio celebrado prevalece de por sí sobre un impedimento que no pueda demostrarse.

Teóricamente no estamos aquí ante el empeño del legislador por excluir el consentimiento presunto, pues directamente al menos no se duda que existió y persevera en principio: nos movemos ahora en el terreno de los impedimentos. Pero tanto la existencia como la perseverancia del consentimiento (presumibles del hecho de la celebración y del c. 1107) sólo se mencionan para excluir su relevancia (c. 1156 § 2).

En la práctica, parece que se atribuye al impedimento una cuasi eficacia de invalidar (o revocar) el consentimiento de quien lo conocía al momento de la celebración o ha llegado a conocerlo después¹⁵. Se da, además, a entender que tanto el consentimiento prestado como la forma observada carecieron de objeto, al haber existido un impedimento público: ambas partes deben prestar un nuevo consentimiento y en forma canónica.

Además, dado que la revalidación no tiene por qué constar públicamente (ya que en ella no interviene directamente la autoridad), su eficacia se recluye en el fuero interno. Presumiendo que su prueba sería imposible, se la hace irrelevante *a priori* en el fuero externo. Pero en realidad la dificultad de la prueba es relativa: nada impide que se renueve el consentimiento de manera que conste, en la práctica no es fácil que alguien convalide sin consultar sus temores a alguien; o puede haberse obtenido la dispensa del impedimento: caminos para la posterior demos-

14. Sobre los aspectos pastorales de la convalidación, vid. P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano 1998, p. 289-299; también en «Quaderni di Diritto Ecclesiale» (1997) p. 219-229.

15. Así puede deducirse de la discusión relativa al c. 352 (CIC 1133) en *Communicationes* (1978), p. 121.

tración de la convalidación si fuera necesaria. Habría que encontrar una convalidación que armonice ambos fueros, sin que la posterior prueba del impedimento comporte, *ope legis*, la nulidad de la convalidación: dar la posibilidad de que también ésta pueda ser demostrada. La misma importancia procesal que se da a la sola declaración de una parte, en orden a demostrar, p. e., la simulación, habría que dársela en orden a demostrar la convalidación.

Que toda esta cadena de requisitos legales no era necesaria lo revela el hecho de que cabe el recurso a la *sanatio in radice*, que no requiere la renovación del consentimiento (privada o pública), incluye la dispensa del impedimento y podría darse sin conocimiento de las partes¹⁶; aunque eso sí, asegura la constancia pública de la revalidación del matrimonio.

Las propuestas para dar un mayor alcance a esta simple convalidación serían varias:

— Una, la de formularla así: «El matrimonio nulo por causa de impedimento se convalida cuando éste cesa o es dispensado, con tal que persevere el consentimiento de las partes». Desde luego que podría después demostrarse que el consentimiento no se había dado o que no perseveraba cuando cesó el impedimento, pero esto puede suceder con cualquier sanación en la raíz.

— Otra posibilidad más restrictiva sería la de exigir, además, buena fe o ignorancia por ambas partes en el momento de la celebración.

— En otros supuestos (p. e. de mala fe) podría asimismo bastar que pida la dispensa del impedimento quien sabía o sospechaba su existencia. Esto significa de algún modo renovar el consentimiento y se asegura una cierta prueba de la revalidación por la constancia de la dispensa (aunque sea, si el caso lo exige, en un registro secreto).

— Asimismo, en la actual reglamentación de la convalidación simple, podría sustituirse la distinción entre impedimento público y el que no puede probarse, por la de caso oculto y caso divulgado, permitiendo la renovación secreta y privada siempre que el caso sea oculto (cf.

16. Precisamente la doctrina justifica el recurso a la sanación cuando se teme que alguna de las partes no querría renovar su consentimiento o podría revocarlo.

c. 1080). En este supuesto podría suceder que las posibilidades de prueba procesal de la revalidación se reduzcan (si no medió dispensa u otra manifestación) a la declaración de la o las partes, como sucede por lo demás con tantos capítulos de nulidad.

En general, no son frecuentes las nulidades por impedimento. Pero cabe observar que, en su formulación legal, habría que tener en cuenta la función que los impedimentos están llamados a cumplir en el entero sistema matrimonial de la Iglesia. Son circunstancias personales que hacen que una determinada relación afectiva o proyecto conyugal resulte imposible, injusto, peligroso o desaconsejable, por ser contrario a la dignidad del matrimonio, de las mismas partes, o a otros valores que se estiman prevalentes.

La autoridad los establece en principio para disuadir a los fieles de emprender esas relaciones, lo cual requiere que los conozcan y acepten; en segundo lugar, para impedir la celebración del matrimonio, lo que implica que la autoridad los detecte antes. En fin, se sanciona con la nulidad el matrimonio celebrado en presencia de un impedimento.

Es esta fuerza irritante la que tal vez se podría limitar en algunos casos, por ejemplo de ignorancia o error inculpables o de buena fe de las partes, cuando se trata de impedimento fácilmente dispensable. No tiene sentido declarar nulo un matrimonio porque andando el tiempo se descubre p. e. que una de las partes no estaba bautizada válidamente, o que eran primos.

V. NULIDAD POR DEFECTO DEL CONSENTIMIENTO

Las nulidades por defecto de consentimiento son las más frecuentes. Siendo el consentimiento de las partes la causa del vínculo matrimonial, no puede ser sustituido por ninguna autoridad. Se trata de un querer específico, que tiene por objeto la alianza conyugal de las partes. Al ordenamiento le corresponde determinar con la mayor precisión posible los requisitos para que pueda ser reconocido como tal, es decir, como consentimiento matrimonial: capacidad, conocimiento, contenido, libertad, forma. En principio todos esos requisitos deben cumplirse en el momento de celebrar el matrimonio, de lo contrario el pacto resulta nulo.

Pero, como observa Hervada, «el consentimiento matrimonial no requiere que los contrayentes piensen *jurídicamente*, que tengan la explícita representación mental de un vínculo jurídico —al modo que la tienen los juristas— y la adhesión, voluntaria y lúcida, a esa representación. Lo que requiere el consentimiento matrimonial es la voluntad de *compromiso*, de aceptar al otro y de entregarse a él como esposo o como esposa, en una relación permanente, tipificada por los tres *bona matrimonii*»¹⁷. Consentir en matrimonio es querer casarse, establecer la alianza matrimonial. Algo a lo que, por su parte, la naturaleza inclina al hombre.

Puesto que se trata de un acto de la voluntad, sólo puede ser jurídicamente relevante si se manifiesta de alguna forma. Lo normal es que esto suceda cuando las partes se intercambian el consentimiento con palabras de presente en la celebración nupcial. Pero puede haber otras formas de exteriorizar la voluntad matrimonial. El principio consensual impide que se pueda suplir el consentimiento, pero también requiere que no se lo considere irrelevante sino en los casos estrictamente necesarios¹⁸.

El problema es cómo saber si alguien ha querido casarse de verdad, o sea, si la manifestación corresponde a un verdadero consentimiento matrimonial. El derecho aquí, como hemos visto, no puede sino moverse a base de presunciones: el matrimonio celebrado se presume válido; la intención de casarse se presume conforme a las palabras que la expresan; también se presume que el consentimiento persevera aunque el matrimonio haya resultado nulo por otros motivos. En todo caso, es claro que con estas presunciones la ley no pretende suplir el consentimiento. Presunción y suplencia no son lo mismo. La exclusión del sistema canónico de toda convalidación automática, hace sospechar, sin embargo, que se hayan confundido.

Puede suceder que el consentimiento que no se dio válidamente al principio se otorgue después. La cuestión es cómo puede ser reconocida por el derecho esta voluntad matrimonial sobrevenida. El sistema

17. *La revocación del consentimiento matrimonial*: «Vetera et Nova», Pamplona 1991, p. 736-737; también en «Ius Canonicum» (1976) p. 271-285.

18. Explicando la presunción de perseverancia del consentimiento, concluye Viladrich que «si la voluntad matrimonial de los contrayentes no puede ser suplida, cuando no existió, tampoco puede ser ignorada por ninguna potestad humana, cuando existió» (Comentario al c. 1107: «Comentario exegetico...», cit., vol. III, Pamplona 1996, p. 1442); cursiva del autor.

matrimonial canónico prevé la convalidación del matrimonio nulo por defecto de consentimiento si se cumplen ciertas condiciones.

VI. CONVALIDACIÓN OB PRAESTATIONEM CONSENSUS QUOD DEFUERAT

El segundo supuesto de convalidación simple, es el del matrimonio que resultó nulo *por defecto de consentimiento*. Aquí el c. 1159 requiere que lo *preste* (basta que lo haga privadamente y en secreto) quien antes no lo había dado válidamente, mientras persevere el dado por la otra parte¹⁹. En este caso, remoción del obstáculo (o más bien, poner lo que faltó al principio) y convalidación coinciden en un mismo acto.

A diferencia del caso de nulidad por impedimento, en esta convalidación la exigencia de *dar* el consentimiento es de derecho natural, no pudiendo suplirse la falta de consentimiento por ninguna potestad. Lo relevante es que consentimiento de las partes y forma canónica pueden darse en relación asincrónica, con tal que concurran en algún momento.

En cambio, no se exige la *renovación* del consentimiento por parte del que ya lo había dado; aunque esté al corriente del defecto de consentimiento de la otra, basta que persevere en el suyo²⁰. Es suficiente, en este caso, poner lo que faltó al tiempo de la celebración para que se establezca el vínculo que entonces no pudo nacer. Se reconoce la validez y virtualidad latente de todos los requisitos y actos que concurrieron en el momento de la celebración (y permanecen), que empiezan a desplegar su eficacia en y a partir del momento en que la convalidación se produce²¹.

Y, lo que parecería más relevante, tampoco se exige expresamente que quien antes no consintió sea consciente de su defecto (y, por tanto de la nulidad del matrimonio): basta que luego consienta.

19. Nada dice el c. 1159 sobre si sería convalidable el matrimonio nulo por falta de consentimiento de ambas partes. La posibilidad no se excluye, aunque el canon sólo parece contemplar directamente el defecto unilateral de consentimiento. La doctrina lo considera posible: ambas partes pueden intercambiarse secreta y privadamente el consentimiento que ya manifestaron, inválidamente pero en forma debida, al celebrar las nupcias.

20. Lo que no deja de ser una incongruencia en relación con la convalidación por impedimento.

21. Lógicamente, si mientras tanto hubiera surgido un impedimento, la revalidación del matrimonio requiere su dispensa y —si estuviera al corriente— la *renovación* del consentimiento por la parte que ya lo había dado válidamente, aunque persevere en él.

Sin embargo, gran parte de la doctrina considera que a la prestación del consentimiento, necesaria en este caso, se aplica el c. 1157, o sea que se requiere un nuevo acto de voluntad sobre el matrimonio que a su vez no podría darse sin cierta duda o sospecha sobre la validez del consentimiento que formalmente ya se dio. Sólo con estas condiciones la perseverancia en la vida conyugal tendría alguna relevancia y únicamente como forma de expresión de la intención de convalidar.

Una rígida interpretación del principio consensual y de seguridad se traduce en la idea de que un consentimiento prestado inválidamente es un consentimiento absolutamente inexistente. Aun en el caso de que el defecto no fuese conocido por el sujeto o que, conociéndolo (quizá sólo sospechándolo), considere bastante el consentimiento que prestó y persevere en la vida conyugal dando muestras de *affectus maritalis*.

A mi entender hay incapacidades, defectos o vicios iniciales del consentimiento que pueden considerarse sanados por la voluntaria permanencia en la comunión conyugal. Lo demuestra —entre otros— el hecho de que se admita a nuevas nupcias a quien resultó incapaz en las primeras; cabe preguntarse entonces si, p. e., una inmadurez inicial sólo se puede estimar superada cuando se contrae de nuevo con un tercero. Es asimismo muy posible que quien fue a su boda bajo los efectos del alcohol o de la droga, no emitió un verdadero consentimiento; pero lo es igualmente que ese defecto inicial ha podido quedar subsanado por su conducta matrimonial subsiguiente: un juicio posterior que ignorara ésta, para concentrarse exclusivamente en el momento de las nupcias, me parece sencillamente inicuo, cabalmente por no respetar el principio de consensualidad. Podría ser una suerte de suplencia negativa del consentimiento: ignorar *ope legis* su posible existencia.

Como es sabido, la Comisión codificadora rechazó la propuesta de convalidación *ipso iure* en casos de miedo o dolo, si la parte que los padeció prolonga libremente la convivencia por tres años desde que cesó el miedo o descubrió el engaño²². Tal vez los términos absolutos de esa propuesta, que no admitía prueba contraria, hicieron temer una cierta suplencia del consentimiento²³.

22. *Communicationes* (1973), p. 90.

23. Una propuesta semejante había dado origen en los años 40 a una conocida polémica entre Cappello y Fedele, que éste resume a propósito de los trabajos de codificación del

Pero tampoco se quiso dar relevancia al consentimiento tácito, manifestado en la clara y consciente elección de perseverar en el matrimonio a pesar del vicio padecido. Una solución en este sentido no sería incompatible con las exigencias del derecho natural²⁴, quizá todo lo contrario. Bastaría, en esos supuestos y en otros similares (error, condición) que la convalidación fuese establecida sobre la base de un comportamiento suficientemente expresivo y no con carácter absoluto, sino como presunción *iuris tantum*.

Es más, tal vez se podría haber admitido la sugerencia de un consultor de suprimir los §§ 2 y 3 del c. 1159, pues sólo el § 1 es sustancial para la integridad del pacto conyugal²⁵. Mas no fue aceptada con motivaciones de orden procesal²⁶, que en definitiva significan que el examen judicial debe limitarse al momento de la celebración; si entonces hubo algún defecto de consentimiento, de nada serviría que quien no consintió entonces haya consentido después, perseverando el consentimiento de la otra parte.

En efecto, también se requiere para esta convalidación que el defecto de consentimiento *no pueda probarse*, lo que vuelve a relegarla en

Código vigente (cf. P. FEDELE, *In tema di convalida del matrimonio canonico per difetto o vizio di consenso*: AA. VV., «Studi di diritto canonico in onore di Marcello Magliocchetti», vol. II, Roma 1975, p. 487-513). Vale la pena observar que, además de las diversas maneras de entender el alcance y exigencias del principio consensual, las propuestas prácticas de convalidación automática, se concretaban en la posibilidad o no de accionar en juicio y en la convalidación *ipso iure* del matrimonio, que como hemos dicho significa una presunción *iuris et de iure* equivalente a una cierta suplencia del consentimiento. Por otra parte, se daba por supuesto que el defecto meramente interno de consentimiento era, por eso mismo, judicialmente indemostrable; lo que hoy no es exacto. Es notable que el tema de la posibilidad o no de la convalidación automática no se pusiera en relación con la *sanatio in radice*.

24. A este propósito observa Mantuano que «l'ordine della Chiesa attualmente non prevede forme di convalida automatica. Ma è anche vero che un'eventuale previsione non sarebbe incompatibile con i principi di fondo che disciplinano il matrimonio canonico» (*Il c. d. recupero...* cit., p. 73).

25. Dice así el c. 1159: «§ 1. El matrimonio nulo por defecto de consentimiento se convalida si consiente quien antes no había consentido, con tal de que persevere el consentimiento dado por la otra parte. § 2. Si no puede probarse el defecto de consentimiento, basta que privadamente y en secreto preste su consentimiento quien no lo había dado. § 3. Si el defecto de consentimiento puede probarse, es necesario que el consentimiento se preste en forma canónica». Esencial para la existencia del matrimonio es solamente que consienta quien antes no había consentido, las otras dos cláusulas del canon podrían sustituirse por una que dijera algo así: «procúrese que esta convalidación se haga de modo que conste en el fuero externo».

26. *Communicationes* (1978), p. 122.

el fuero interno. Contra una posterior demanda de nulidad no sólo no podría admitirse excepción de convalidación, sino que tampoco cabría apreciarla por más pruebas que la sostengan: habrá que ver si se demuestra de hecho el defecto de consentimiento aducido, para saber si la reválidación (tal vez privada y secreta, tal vez no) fue válida o debía haberse «celebrado» en forma canónica²⁷. En todo caso una sentencia negativa sólo podría fundarse en la falta de prueba del defecto de consentimiento: la convalidación no produce efectos jurídicos.

En fin, hay que constatar que la convalidación simple, tal como está regulada actualmente, penaliza precisamente la buena fe y la voluntad matrimonial de quien, por ignorar el vicio de que adoleció el pacto conyugal, piensa u opina estar verdaderamente casado. Esa situación de ánimo es interpretada por la jurisprudencia como prácticamente incompatible con la renovación del consentimiento en los términos del c. 1157²⁸.

Aun siendo la celebración canónica presupuesto de la convalidación, la eficacia jurídica de ésta se subordina de hecho a una nueva celebración formal. Esta interpretación del principio formal ignora cualquier otra manifestación de la voluntad de las partes: la vida conyugal no tiene más relevancia que la de ser comúnmente admitida como forma de la emisión privada y secreta de un nuevo consentimiento, eficaz sólo en el fuero interno.

A mi parecer, que ese nuevo consentimiento se otorgue privada y secretamente no excluye que pueda probarse; aparte de que nada impide que se preste de modo fehaciente aunque no en forma canónica (con algún testigo, p. e.). El principio de seguridad requiere que, frente a las

27. Obsérvese que el § 3 no exige claramente la celebración del matrimonio en forma canónica —aunque así lo interprete la doctrina—, sino la prestación del consentimiento, en forma canónica, por parte del que no lo dio válidamente al principio, de ahí que no se aluda al c. 1127 (cf. c. 1158 § 1 y 1160).

28. La jurisprudencia (estudiada recientemente por C. J. HETTINGER, *The Law of...*, cit.) ha tratado casos de convalidación impropia, cuando no se observó la forma canónica y se procedió a una nueva celebración *coram Ecclesia*: pues bien, la convicción de una de las partes de estar ya casada, es tomada en no pocos casos como fundamento de la nulidad de la nueva celebración, por considerarla incompatible con el nuevo acto de voluntad requerido por el c. 1157. Pocas decisiones consideran que aquella convicción puede no determinar la actual voluntad del contrayente (distinguiendo entre error simple y perverso). En todo caso no se atribuye relevancia alguna al consentimiento inicialmente prestado ni a su perseverancia. Sobre las celebraciones *pro forma* son muy interesantes las observaciones de P. BIANCHI, *Quando il matrimonio...*, cit., p. 142-143.

pruebas de la nulidad inicial, se puedan valorar los indicios o pruebas de su ulterior sanación.

VII. *SANATIO IN RADICE*

También en el ámbito del consentimiento la sanación en la raíz puede aportar alguna luz. No porque quepa sanar *directamente* el matrimonio nulo por defecto de consentimiento, que no puede suplirse, pero sí porque se admite la sanación del que fue nulo por defecto inicial de consentimiento si la parte que no consintió al principio consiente después (c. 1162 § 2).

La sanación por la autoridad es posible siempre que en el momento en que se concede exista voluntad matrimonial por ambas partes. Una voluntad que legítimamente puede desumirse del decurso de su vida conyugal y de la previsión de que desean perseverar en ella.

El c. 1161 § 1 define la *sanatio* como «la convalidación de un matrimonio nulo, sin que haya de renovarse el consentimiento, concedida por la autoridad competente; y lleva consigo la dispensa del impedimento, si lo hay, y de la forma canónica, si no se observó, así como la retroacción al pasado de los efectos canónicos».

Hervada califica la *sanatio* de *reconocimiento* definiéndola como «un acto de la autoridad, en cuya virtud se *reconoce* el matrimonio celebrado»²⁹. Lo que se reconoce es el *hecho matrimonial actual* en cuanto fruto de la perseverancia de un consentimiento ya dado y manifestado de forma suficiente. «Una situación de hecho que contiene una verdadera voluntad de ser marido y mujer, iniciada por un acto que, cualquiera que hayan sido sus defectos, es jurídicamente calificable por sus elementos externos como expresión suficiente e inequívoca de un consentimiento matrimonial»³⁰.

29. Las definiciones podrían multiplicarse según el significado y relevancia que quiera darse a los diversos presupuestos, requisitos, actos y efectos de la sanación. González del Valle la considera como una suerte de dispensa sucesiva de todos los requisitos u obstáculos para la validez de derecho eclesiástico, dispensa posible siempre que no se produzca indefensión de derechos o libertades básicas (*Derecho canónico matrimonial*, cit., p. 176 s.). En el mismo sentido M. C. CAMARERO, *La convalidación del...*, cit., p. 147-148.

30. J. HERVADA, Comentario al Art. *De sanatione in radice*: AA. VV., *Código de Derecho Canónico*. Edición anotada, 5ª ed., Pamplona 1992. Vid. ID., *La revocación del...*, cit., p. 744, nota 19.

Desde nuestra perspectiva, conviene subrayar que, de alguna manera, el acto de gracia de la autoridad sustituye a la *renovación* del consentimiento que en cambio se exige, por ley eclesiástica, para la simple convalidación. No estoy afirmando que la intervención de la autoridad *supla* el consentimiento, que (al contrario) es presupuesto para la sanación, sino su *renovación* u *otorgamiento* en los términos de la convalidación simple. De hecho puede concederse aunque se hubiera observado la forma canónica y no obstara ya impedimento alguno, por haber desaparecido. E igualmente, en mi opinión, podría concederse la sanación si la causa de la nulidad fue un defecto de consentimiento que luego ha sido subsanado. No es que la autoridad sane el consentimiento, pero sí que declara que ha sido sanado por quien no lo dio al principio.

Como es sabido, la sanación presupone necesariamente la perseverancia de ambas partes en el consentimiento dado con anterioridad (no se sanan los defectos de consentimiento), pero no requiere:

— Ni que el consentimiento existiera en el momento en el que de alguna forma se manifestó otorgarlo: pudo faltar al comienzo y ser dado después de algún modo. La posterior sanación tendrá efectos desde que se dio el consentimiento (c. 1162 § 2).

— Ni que fuera manifestado con los requisitos formales establecidos por la ley para la validez del pacto: pudo resultar nulo por falta de forma.

— Ni que sean ocultos (en ningún sentido) el o los motivos que causaron la nulidad.

— Ni que las partes conozcan o sospechen la nulidad de su matrimonio, pues no es necesario que renueven su consentimiento y la sanación puede concederse ignorándolo aquéllas, si hay causa grave.

Lo que sí es necesario para que pueda concederse la sanación, es que las partes hayan dado su consentimiento y perseveren en él. Es claro que para comprobar esta disposición de las partes no es preciso exigir que renueven el consentimiento en los términos del c. 1157; habrá que desumir esa disposición de su comportamiento conyugal en general y en el tiempo inmediato a la sanación; y, si fuera el caso, de la actitud que hayan demostrado ante el conocimiento o sospecha de la invalidez canó-

nica de su matrimonio. Como natural medida de prudencia, el c. 1161 § 3 pide que sólo se conceda la *sanatio* si es probable que las partes desean perseverar en la vida conyugal.

Se intuye la importancia de esto, pues significa que el consentimiento que se exige (por derecho natural o eclesiástico) no tiene necesariamente que consistir en un acto puntual y reflejo³¹. Puede darse implícitamente, incluso por quien ignora que su consentimiento inicial fue inválido; asimismo puede ser recibido por la otra parte.

Ligar el consentimiento matrimonial a un único, consciente y determinado acto de voluntad por parte de quien sabe u opina no estar casado, me parece típico de una interpretación rígida y formalista del principio consensual, que confunde la voluntad con alguna de sus manifestaciones, mientras excluye otras. Es lógico que al hablar del consentimiento matrimonial se diga que es *un acto de la voluntad*, pero no creo que eso signifique que el consentimiento sólo puede prestarse mediante un preciso acto psicológico de querer, entendido además como imposible si se ignora que el consentimiento que una vez se prestó formalmente no fue válido o eficaz, o dicho al contrario, si se estuviera convencido de que fue o se ha hecho válido³². Paralelamente, no puede decirse que para revocar el consentimiento es necesario conocer de algún modo que el matrimonio resultó inválido.

El § 2 del c. 1162 da a entender que se puede llegar a querer lo que no se quiso o a quererlo de modo diferente a como se quiso al principio; que se puede querer casarse y también querer seguir casado porque uno considera que lo está.

Me parecen ilustrativas, a este respecto, unas consideraciones de Hervada en relación al *consentimiento naturalmente suficiente* y su perseverancia. Aunque no aborda directamente nuestro problema, distingue claramente entre el acto jurídico de consentir (acto de contraer, con-

31. Como tampoco tiene que serlo su revocación.

32. Ciertamente la *scientia vel opinio* sobre la nulidad pueden influir en la voluntad moviéndola a consentir en lo que no se consintió o a no consentir en lo que se piensa que resultará nulo; pero no me parece que la determinen necesariamente hasta el punto de impedir la formación de un verdadero consentimiento matrimonial (cf. c. 1100); cf. J. HERVADA, *La revocación del...*, cit., p. 734-735; P. J. VILADRIK, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, p. 18. En sentido diverso, P. PELLEGRINO, *La scientia aut opinio nullitatis nel nuovo Codice di Diritto canonico: «Ius Ecclesiae»* (2000) p. 209-222.

sentimiento inicial, acto de compromiso, dice en otras ocasiones) transeúnte por naturaleza y la voluntad matrimonial que ese acto engendra, que es lo que se entiende que persevera mientras no se revoque por una voluntad contraria.

«El consentimiento perseverante no es lo mismo que el consentimiento inicial. Entre otras razones, ya he dicho que el primero es fundamentalmente un estado y el segundo es un acto. Sin embargo, el estado de la voluntad, si bien no es un acto, en el sentido de una acción transeúnte, no es tampoco una mera potencia. Es una permanente orientación de la voluntad, y por lo tanto, es una *actualización* de la potencia voluntaria. No es, simplemente, una capacidad, una posibilidad de querer, sino un querer continuado y radical (...). Por otra parte, entre el consentimiento inicial y el consentimiento perseverante hay una evidente y clara relación. Tanto el consentimiento inicial (el acto de compromiso) como el consentimiento perseverante son dos formas de existir la misma y radical actualización de la voluntad, dos formas de existir del mismo querer»³³.

Esta voluntad matrimonial es la que se manifiesta en los comportamientos propios de una vida conyugal pacíficamente asumida, que, a efectos formales, la doctrina considera suficientes para presumir que se ha renovado o dado el consentimiento.

Me parece que si el consentimiento matrimonial, entendido como acto de consentir o pacticio, engendra ese estado permanente de la voluntad, es necesario admitir que allí donde encontremos una verdadera relación conyugal, basada en el compromiso captado y vivido como tal por los esposos, allí hay un verdadero consentimiento. Hay comportamientos típicos del matrimonio *in facto esse* cuya interpretación jurídica natural postula la existencia de un *in fieri*.

En definitiva, pienso que el «si consiente quien antes no había consentido» del c. 1159 § 1 y el «si faltó el consentimiento en el comienzo, pero fue dado posteriormente» del c. 1162 § 2, deben interpretarse según el tenor llano y directo de los términos empleados en la ley: que si, en el momento inicial, el consentimiento faltó o estaba viciado, es necesario que luego se dé, o se enmiende el vicio, de alguna forma jurídicamente reconocible.

33. J. HERVADA, *La revocación del...*, cit., p. 741-742.

El consentimiento inicialmente ausente o viciado puede darse, reconstruirse, renovarse (hacerse nuevo y suficiente) o ratificarse sanado, más tarde, a lo largo de la vida conyugal. Lo relevante para el ordenamiento es que eso se manifieste de modo que pueda ser reconocido. Se trata de identificar qué actos o comportamientos serían señal suficiente de la donación y aceptación de las partes en matrimonio; de que han asumido la relación conyugal que de hecho están viviendo, como verdaderamente matrimonial. Para esto, la doctrina considera suficiente «un comportamiento que dé razón de la existencia de la voluntad matrimonial»³⁴.

Por ejemplo, dentro del campo de la sanación, me parece que sería suficiente que la parte que no consintió al principio sea la que la solicite, aunque sea para sanar un defecto de forma o un impedimento³⁵.

Es importante recalcar que no se trata de *suplir* el consentimiento (que no es posible) sino de *presumir* que existe, allí donde los hechos (acciones más bien, conductas) razonablemente manifiestan una voluntad realmente matrimonial de los cónyuges, siempre con la posibilidad de demostrar que no fue así. Más bien de lo que se trataría es de no coartar las posibilidades de reconocimiento del consentimiento, vinculándolas al cumplimiento de unos requisitos formales de los que, por otra parte, sólo cabe igualmente presumir que el consentimiento ha existido.

De hecho entre lo que acontece cuando se otorga la *sanatio* tras comprobar que las partes probablemente perseverarán en la vida conyugal, y cuando se «convalida» un matrimonio mediante nueva celebración no hay tanta diferencia: la expresión formal del consentimiento no garantiza de manera incontrovertible que las partes hayan querido casarse. Se podría incluso decir que una vida conyugal pacíficamente aceptada durante años puede ser más significativa desde el punto de vista de la justicia sustancial.

VIII. NULIDADES POR DEFECTO DE FORMA

La voluntad matrimonial de los esposos, para ser reconocible como tal por el ordenamiento jurídico, tiene que manifestarse de alguna

34. P. LOMBARDÍA, *Supuestos especiales de...*, cit., p. 139.

35. Cf. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho canónico matrimonial*, cit., p. 182.

forma externa. Los problemas de la clandestinidad aconsejaron exigir esa manifestación de una manera reglada y con carácter sustancial, o sea, para la validez (forma de recepción). Esto hace que no sólo la total inobservancia de esa forma, sino la ausencia o vicio de no pocos de los requisitos legales que la integran, puedan dar al traste con la validez de unas nupcias que, aun a juicio de los mismos que participaron en ellas, cumplían todas las formalidades.

Para obviar algunas de estas nulidades el derecho canónico conoce el instituto de la suplencia de jurisdicción por error común o en caso de duda (c. 144); aquí no se trata de revalidación de acto nulo, sino de suplir, en pro del bien común y de la certeza del derecho, una potestad o facultad sin la cual el acto realizado sería nulo o anulable.

Es este un tema en el que doctrina y jurisprudencia se hallan, con frecuencia, distantes. Los autores, en general, no suelen encontrar problemas para entender que se da la suplencia allí donde hubo una celebración regular del matrimonio, sin que la carencia de facultad del testigo cualificado fuera puesta en duda por las partes, por los presentes, ni quizá por el sujeto mismo, mientras la jurisprudencia ha introducido una serie de distinciones, interpretaciones, condiciones etc. para apreciar el error común, que a la postre lo hacen inaplicable en casos particulares³⁶.

También aquí parece que se ha caído en un formalismo que acaba por hacer prevalecer los concretos requisitos de forma sobre el querer de los contrayentes, ciertamente manifestado y percibido como tal por la comunidad. Sin negar el papel importante que juega la forma, hay que decir que su función es precisamente la de hacer posible que el compromiso nupcial de las partes esté revestido de la trascendencia social que el matrimonio requiere: que conste públicamente su libre celebración. Obtenido este resultado no parece que se pueda pedir más. La «sanación» automática debería establecerse para cualquier vicio o defecto de forma del que las partes no sean directamente culpables; asimismo si se ha prescindido de la forma canónica por ignorancia o error inculpables sobre su obligatoriedad: bastaría que se hubiese observado una forma

36. Recientemente se ha ocupado del tema A. NITA, *La suplencia de la facultad para asistir al matrimonio en caso de error común, a la luz de la jurisprudencia de la Rota Romana*: «Ius Canonicum» (1999) p. 661-708.

pública que requiera el intercambio del consentimiento. También son muy importantes los trámites previos a la celebración y sin embargo no son necesarios para la validez.

IX. CONCLUSIONES

De las consideraciones que hasta aquí hemos hecho, pienso que se pueden extraer varias conclusiones. La primera es que el tema de la nulidad del negocio matrimonial, de los casos en que sería posible evitarla o subsanarla de forma más o menos automática, requiere una revisión profunda del régimen canónico del matrimonio, algo que aquí sólo hemos someramente intentado. El juego de los principios jurídicos que lo informan; la razón de ser y alcance del vigor irritante de algunas de las normas que lo integran; las posibles formas de reconocimiento de la voluntad matrimonial, serían los temas principales.

La actual reglamentación del matrimonio reconoce la centralidad del consentimiento, como no podía ser menos; al mismo tiempo, su expresión jurídicamente eficaz se rodea de una serie de condiciones de validez que acaban por restringir el ejercicio del *ius connubii* al solo momento, establecido por la ley, en que deben confluir todos los elementos del pacto conyugal: el de la celebración canónica. Si en ese único instante el consentimiento, la habilidad de las partes o la forma, adolecen de algún defecto, el matrimonio resulta nulo definitivamente. Sólo una nueva celebración o la intervención sanante de la autoridad (en ciertos supuestos) podrían remediar una nulidad inicial que haya podido ser detectada.

No se reconoce en cambio relevancia a la mera cesación del impedimento, al hecho de que se hayan obtenido los objetivos de la forma, o a la sucesiva rectificación de un defecto inicial del consentimiento manifestada por la perseverancia espontánea de las partes en la vida conyugal. Ni aun en el supuesto de que las partes desconozcan la nulidad de su unión; o que conociéndola hayan elegido permanecer en la unión³⁷.

37. Ambas situaciones, aunque por motivos distintos, pueden ser expresión suficiente de una verdadera voluntad matrimonial.

Mientras la validez del matrimonio se afirma solamente sobre la base de presunciones, lo que es coherente con el carácter sustancial (y no meramente formal) del sistema, la nulidad por cualquier motivo se establece siempre con carácter absoluto, sin que quepa demostrar —llegado el caso— que ese motivo ha quedado subsanado.

Se puede llegar así a la paradoja de negar relevancia precisamente a la manifiesta voluntad matrimonial de las partes, haciendo (tal vez innecesariamente) prevalecer sobre ella los dispositivos legales llamados precisamente a proteger su libre formación y manifestación. Lo cual es en parte inevitable: es imposible que la forma no delimite la sustancia o que la libertad no sea circunscrita por la ley que garantiza su ejercicio.

Pero podría pensarse si el *favor matrimonii*, las exigencias de justicia que derivan del bien del matrimonio, deba limitarse a la presunción de validez basada en la celebración, o no pueda comprender otros mecanismos —legalmente establecidos— tendentes a reconocer que una nulidad inicial ha quedado posteriormente sanada. Facilitar, en lo posible, que surja el vínculo allí donde se manifestó y existe la voluntad de ser marido y mujer, cuando a ello no se opongan motivos inderogables.

Los mecanismos de convalidación existentes responden a este fin de manera limitada, en el fondo porque requieren una ulterior intervención de la autoridad, lo que implica que la nulidad haya sido descubierta o sospechada, cosa que no ocurre siempre.

Hay motivos de nulidad que podrían establecerse —igual que la validez— sólo como presunciones de nulidad o de forma condicionada. O tal vez la ley podría presumir (*iuris tantum*) la sanación de ciertos motivos concretos de nulidad, ya porque se puedan entender *despejados* o *suplidos* por el comportamiento de las partes (pienso sobre todo en los relativos al consentimiento), ya porque se dé relevancia convalidante a su posterior *cesación* (impedimentos), o en fin, porque deje de tener sentido mantener la *eficacia irritante* de ciertas normas una vez que su inobservancia (tal vez inconsciente) ha frustrado su objeto propio, o porque ese objetivo se ha logrado de algún otro modo, como es el caso de algunos impedimentos y requisitos de la forma canónica.

Para lo cual se podría tener en cuenta que existen motivos de nulidad de por sí caducos o transitorios, cuya persistencia es difícilmente

compatible con la perseverancia de las partes en una vida común que pueda decirse normal. No sólo la edad o el rapto, sino también, como he apuntado apenas, muchos vicios de consentimiento que, por referirse a estados de ánimo subjetivos (ignorancia, error, dolo, condición, miedo, simulación), o manifiestan su vigor irritante en un plazo razonable (según las circunstancias) o pueden presumirse superados por el asenso posterior de quien los padeció; siempre con la posibilidad de demostrar que no fue así.

Soy consciente de estar entrando en el terreno movedizo de las fórmulas legales, donde una iota o tilde pueden dar al traste con las exigencias de claridad, certeza y seguridad de la ley. Al mismo tiempo hay que decir que la precisión y equilibrio necesarios en la descripción legal de los supuestos de hecho, nunca ha eximido del uso de conceptos indeterminados, más o menos definibles teóricamente, cuya apreciación será siempre tarea de los jueces (*intentio, animus, bona fides, iusta causa, miedo grave...*).

Se trata de la difícil y delicada tarea de afinar los mecanismos jurídicos de reconocimiento de la realidad familiar, que, como dice el *Catecismo de la Iglesia Católica* (n. 2202), es anterior a todo reconocimiento y se impone a la autoridad.

